

LEGALIDAD, LEGITIMIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DEL JUICIO DEMOCRÁTICO EN MÉXICO: UNA CAUSA DE DISRUPCIÓN JURÍDICA**LEGALITY, LEGITIMACY, CONSTITUTIONALITY AND CONVENTIONALITY OF DEMOCRATIC JUDGMENT IN MEXICO: A CAUSE OF LEGAL DISRUPTION****Joaquin Ordoñez Sedeño¹****Resumen**

Actualmente se impone a los juzgadores (no sólo mexicanos, sino de cualquier Estado constitucional y democrático) que realicen su labor jurisdiccional con apego a los parámetros de legalidad, legitimidad, constitucionalidad y convencionalidad; sin embargo, lo anterior resulta complejo considerando que dichos parámetros no siempre se complementan y, en ocasiones, se contradicen. Este artículo aborda esas complicaciones en la actividad jurisdiccional, tanto de aquella que está destinada a tutelar la democracia y sus principios al interior de un Estado, como de aquella que no tiene ese objetivo *ex profeso* pero que de forma indirecta le afecta. Lo anterior fue realizado con base en una metodología documental, considerando algunos hechos sobresalientes en los que ha tenido incidencia esa actividad jurisdiccional en México, y se contrasta teóricamente con viejos y nuevos parámetros para la actividad del juzgador. Todo lo anterior es utilizado para determinar cómo, en un intento por satisfacer esos cuatro parámetros en los juicios democráticos mencionados, se puede provocar una ruptura jurídica en lugar de conseguir la uniformidad del sistema jurídico. Estos hallazgos sugieren la necesidad de considerar una nueva forma (pro-democrática) de interpretar los preceptos legales, constitucionales y convencionales, no contradiciendo los fundamentales y generando, además, legitimidad.

Palabras clave: juicio democrático, legalidad, legitimidad, constitucionalidad, convencionalidad.

Abstract

Currently the judges (not only Mexicans but of any democratic and constitutional State) carry out their judicial work in adherence to the parameters of legality, legitimacy, constitutionality and conventionality is imposed; however, the foregoing complex whereas these parameters are not always complementary and sometimes contradictory. This article discusses the complications in the judicial activity, both that which is intended to safeguard democracy and its principles within a state, as one that does not have that goal on purpose but indirectly it affects it. This was done based on a documentary approach, considering some salient facts that have had an impact that judicial activity in Mexico, and theoretically contrasted with old and new parameters for the activity of the judge. This was done based on a documentary approach, considering some salient facts that have had an impact that judicial activity in Mexico, and theoretically contrasted with old and new parameters for the activity of the judge. All this is used to determine how, in an attempt to meet these four parameters in the above judgments democratic, it may cause a legal break in place to achieve uniformity of the legal system. These findings suggest the need to consider new (pro-democratic) way of interpreting the legal, constitutional and conventional provisions, not contrary to the fundamental and also generating legitimacy.

Keywords: democratic judgment, legality, legitimacy, constitutionality, conventionality.

¹ Doctor en Derecho, Coordinador de Estudios Avanzados y Profesor investigador de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. E-mail: joaquin.o@me.com

INTRODUCCIÓN

En un sistema político plural la participación de los jueces en cuestiones políticas y en la definición de políticas públicas es indispensable. En efecto, ha existido históricamente la pugna sobre la prevalencia o no del poder judicial en torno a las decisiones no sólo eminentemente jurídicas, sino también políticas, al grado de que el sistema electoral en México es producto de ese debate histórico surgido en la época de Iglesias y Vallarta con el *Amparo Morelos*² y la tesis de *la incompetencia de origen* (Cabrera, 1989, pp. 101-110). Algunos autores (Fix-Fierro y López, 2001, p. 349) contemporáneos consideran que aunque el poder judicial está logrando mayor independencia frente al aparato gubernamental como consecuencia del proceso de democratización política, también es cierto que ha ganado vulnerabilidad frente a las presiones organizadas de grupos y movimientos que defienden sus derechos e intereses fuera de los cauces de la legalidad. Lo anterior trae como resultado un creciente fenómeno de competencia entre la legitimidad y la legalidad en un medio que por disposición constitucional debe ser democrático; se trata de la incidencia conceptual que existe entre, por un lado, lo mandado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (de la cual deriva toda la regulación fundamental y legal para el funcionamiento democrático de las instituciones en México) y por la otra la presión política y social ejercida por grupos que pugnan por imponer sus intereses y que impactan en el mencionado régimen democrático e, incluso, en los movimientos sociales;³ en ocasiones esto último llega a suceder con el respaldo de las mayorías y, por ende, con legitimidad, no obstante que se haya vulnerado el sistema de reglas generales y abstractas que apuntalan tal sistema democrático, es decir, la legalidad.

² En un hecho histórico sin precedente, donde los argumentos a favor y en contra de la solución de conflictos por parte de un órgano político o uno jurisdiccional se hicieron patentes e influyeron en los años por venir en el sistema electoral y, desde luego, en el democrático.

³ Por ejemplo: la protesta por designación de Humberto Treviño como Alcalde de Juárez, Nuevo León, lo cual provocó diversos daños en los bienes y obstrucción de las vías públicas (véase: Muñiz, Erick, *Protestan por designación de Alcalde en Nuevo León*, La Jornada, 25 de octubre de 2015, <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/10/25/protestan-por-designacion-de-alcalde-en-nuevo-leon-2685.html>) o el bloqueo en la avenida Reforma de Andrés Manuel López Obrador, como una expresión de rechazo a la elección presidencial en la que resultó ganador Felipe Calderón (véase: Moraga, Susana, *La sorpresa que dio AMLO en 2006 al bloquear Reforma*, ADN Político, 7 de septiembre de 2012, <http://www.adnpolitico.com/2012/2012/09/07/el-dia-que-lopez-obrador-inicio-el-planton-que-hara-ahora>) o, en un caso ya paradigmático, el conflicto socio-político en materia electoral ocurrido en Yucatán entre los años 2000 y 2001 y que trajeron como consecuencia la transformación del Derecho Electoral en ese Estado, y la existencia y funcionamiento de dos consejos electorales (véase: Boffil, Luis A., *Partidos políticos de oposición en Yucatán no reconocerán al "superconsejo" electoral*, 22 de marzo de 2001, <http://www.jornada.unam.mx/2001/03/22/034n2est.html>).

Por ello, los juzgadores se erigen no sólo con la intención de ser órganos garantizadores de la legalidad en la mayoría de las interacciones de los particulares o de la comunidad en casos de violación a las normas, sino también en cuanto a los movimientos y decisiones tomados por los actores políticos que impactan en la sociedad; ello les da también el carácter, no sólo de juzgadores especializados en su materia, sino también de la democracia, es decir, de *juzgadores democráticos lato sensu*, quienes emiten una resolución jurisdiccional en casos donde, sin ser específicamente el objeto de la jurisdicción, los hechos y las hipótesis planteadas y relacionadas con los hechos probados, afectan de forma indirecta a la democracia, ya sea a través de la afectación individual de sus principios o de alguno de sus elementos esenciales; a lo anterior se le puede llamar *juicio democrático lato sensu* (en adelante JDLS).

En efecto, el concepto de democracia ha permeando cada vez más en otros ámbitos de la institucionalidad, y la judicial no es la excepción,⁴ ya que los jueces en su carácter de protectores del contenido de la ley y de la constitución y en virtud de que en los estados modernos —la mayoría de ellos— se establece el régimen democrático,⁵ deben ser protectores de la democracia haciendo uso de las herramientas y facultades jurídicas que tienen a su alcance. Así, tales órganos jurisdiccionales democráticos —*lato sensu*— se instituyen con funciones determinantes para la vida jurídica y social de una democracia, establecidos en la Constitución Política y salvaguardados por órganos de control constitucional; de lo anterior ya ha habido algunos antecedentes históricos internacionales de relevancia.⁶

Además de los JDLS, no se puede omitir la existencia de otros procesos jurisdiccionales en los que de manera específica se resuelven controversias cuyo objeto es salvaguardar instrumentos democráticos concretos; en efecto, de manera instrumental las autoridades jurisdiccionales en materia electoral han realizado, a través de sus resoluciones y de lo que aquí llamaré *juicio democrático stricto sensu* (en adelante JDSS), la revisión de la legalidad y de la constitucionalidad; como ejemplo de lo anterior se puede citar el proceso electoral de gobernador del año 2000 en

⁴ En el discurso oficial y en el académico se ha llegado a mencionar la existencia de una *democracia judicial*, incluso hay quienes aseveran que sin tribunales no hay gobierno ni democracia: Schuck, Peter H., *El poder judicial en una democracia* (2004), SELA (*Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*) Papers. Paper 31, consultado en http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31

⁵ La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 40, establece: *Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.*

⁶ Por ejemplo, la ya paradigmática sentencia *William Marbury vs. James Madison, Secretary of State of the United States*; 137 (cranch) february term, 1803.

Tabasco,⁷ el cual se realizó, por decisiones político-legislativas, sin la salvaguarda jurídica para el caso de existencia de circunstancias que viciaran el proceso mismo y, a pesar de lo anterior, el órgano juzgador conocedor de esas circunstancias determinó que, no obstante no existir regulación expresa para tutelar las circunstancias mencionadas, éstas se debían proteger ya que violaban los principios rectores y fundamentales del sistema jurídico y democrático en México y en dicha entidad federativa. No obstante que las autoridades jurisdiccionales pudieran estar especializadas en la materia democrática (instrumentalmente, en la materia electoral), todas las autoridades juzgadoras tienen (o al menos deben tener) una función activa en la salvaguarda de la democracia.

Es tan preponderante la función del juzgador democrático y de los JDLS's y JDSS's en la vida democrática de un país, que incluso los tratados internacionales contienen medidas de salvaguarda para su sistema y, más aún, funcionarios judiciales internacionales⁸ han considerado que dichos tratados y convenciones internacionales deben ser respetados y salvaguardados por cualquier funcionario jurisdiccional que forme parte del sistema judicial de un país, aunque en el mismo no exista disposición alguna —creada en virtud de un proceso político-legislativo— que así lo ordene; con lo anterior surgió el control difuso de la convencionalidad.

Al considerar la existencia de otros ejemplos⁹ en los que claramente se percibe la relevancia de los efectos de la judicialización de la política para la protección del sistema democrático, se podría considerar que los órganos judiciales constituyen un nuevo —y cada vez más consolidado— instrumento para debatir (y, sobre todo, decidir¹⁰) problemas de carácter político en una sociedad de creciente importancia democrática y en un estado que sigue

⁷ Caso Tabasco; Juicio de Revisión Constitucional Electoral SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000, resuelto en el TEPJF el 29 de diciembre de 2000 por mayoría de votos.

⁸ Al respecto, puede consultarse el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, voto razonado del Juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 26 de noviembre de 2010.

⁹ El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (su Sala Superior y sus salas regionales) ha ido progresivamente resolviendo cada vez más casos: en 1996 —año en que inicia sus funciones— recibió en total 36 medios de impugnación, en 1997 441, en 1998 8,138, en 2009 21,799, en 2011 35,702. En este año van 10,160 y el acumulado total es de 137,126 casos (dato consultado el 31 de octubre de 2015) (véase: Sistema de Información de la Secretaría General de Acuerdos de ese Tribunal, http://www.te.gob.mx/informacion_juridiccional/estadistica/pdf/T001.pdf). Dato insertado para destacar el hecho de que ese tipo de juicios han sido progresivamente más frecuentes y que los actores democráticos acuden con mayor frecuencia a ellos, lo que demuestra que los parámetros democráticos influyen cada vez más en los JDSS's.

¹⁰ En una de las acepciones del diccionario de la Real Academia Española, decidir significa determinación, resolución que se toma o se da en una cosa dudosa; véase: Real Academia Española <http://dle.rae.es/?w=decisión&o=h>. Este término lo retomaré más adelante en el presente trabajo.

transitando hacia la democracia; sin embargo, los recientes ataques a la seguridad pública de los que ha sido objeto la sociedad mexicana y otros datos estadísticos similares que resaltan las carencias en materia de economía, educación y nivel de vida en general, provoca un escepticismo en cuanto a lo anterior y obliga a revisar algunos conceptos relacionados con la legalidad, la legitimidad, la constitucionalidad y la convencionalidad de los juicios democráticos en el Estado Constitucional mexicano. Por lo tanto, el planteamiento es el siguiente: ¿Los requisitos de la legalidad frente a las características de la legitimidad y el modelo de control de la constitucionalidad en contraste con el de convencionalidad, aplicados a los JDLS's y JDSS's, pueden transgredir el sistema normativo y, por tanto, ser una causa de disrupción jurídica?

El problema del juicio democrático en cuestiones políticas

En un Estado Constitucional¹¹ deben existir mecanismos e instrumentos que garanticen un mínimo de funcionalidad de la sociedad y de la propia estructura del gobierno, con la finalidad de que continúe en el camino por lograr los fines últimos estatales. La democracia es uno de esos mecanismos que ayudan a que el Estado logre esos fines a través de otros medios constitucionalmente establecidos y legalmente regulados, en los que se prevé —en mayor o menor medida— ciertas hipótesis de la realidad social y su solución por parte de los órganos del poder público estatal.

En todo el entramado constitucional —y legal— se pueden encontrar una serie de regulaciones jurídicas tanto de carácter fundamental como regulatorio o secundario, que hacen referencia a la forma en la que el Estado va a quedar configurado gracias a la intervención de la ciudadanía (finalmente, haciendo alusión al concepto básico de *un gobierno del pueblo*) y también a todo un sistema electoral que establece reglas para que se pueda cumplir de manera cabal esa empresa.

Sin embargo, la regulación no termina ahí, ya que también hay toda una reglamentación para el caso de que surjan controversias derivadas de la aplicación de esas otras reglas que organizan la manera en la que el Estado quedará configurado, lo anterior en cumplimiento del aspecto de completitud del que deben gozar las reglas jurídicas, aunado a que el legislador, al

¹¹ Estado Constitucional, en el que priman los mandatos establecidos en un documento fundamental, que le dio origen y estructura a un estado y que establece los derechos fundamentales de sus integrantes y la estructura fundamental del mismo; sin embargo, existen otros conceptos que hacen referencia al Estado de Derecho y, sobre todo, al Estado de Derechos Humanos, el cual está soportado por una serie de mandatos internacionales que hacen referencia a la convencionalidad, más allá de la constitucionalidad.

momento de redactar la norma jurídica, lo debe hacer teniendo en cuenta no solamente los derechos u obligaciones que se están instituyendo, sino que además debe establecer la sanción para el caso de violación a esas reglas, el procedimiento respectivo y las instituciones u órganos encargados de aplicarla. Dichas reglas —completas y perfectas, al menos desde el punto de vista deontológico— nos dicen la manera en la que se debe resolver una controversia surgida con motivo de la aplicación de las reglas democráticas, en un intento por configurar al Estado, en el trayecto de darle forma al gobierno y en el afán de otorgarle funcionalidad a la sociedad.

En este punto es necesario aclarar el concepto de *juicio democrático*. Un juicio es un enunciado compuesto de sujeto, verbo y predicado, en donde al verbo se le llama cópula¹² y en general pretende calificar o valorar algo. En este aspecto la lógica formal tiene una intervención de suma importancia en la forma de valorar circunstancias jurídicas. El derecho y la lógica formal tienen entonces una relación fuerte, ya que ambas tienen como finalidad coincidente —entre otras— el hallazgo de la verdad. En el ámbito del derecho la definición de *juicio* viene respaldada en gran parte por esa idea copulativa que une dos elementos gramaticales pero de connotaciones relevantes para la abstracción de un hecho real. Concretamente, se le deja al juzgador esa labor de *juzgar* un caso que es sometido a su conocimiento y ese sujeto, en el desarrollo de esa actividad, debe llevar a cabo un complejo proceso cognoscitivo e intelectual para poder llegar al conocimiento de la *verdad* de los hechos que le fueron sometidos.

En el universo de posibilidades en el que el Derecho tiene su aplicación,¹³ existe una porción dedicada específicamente al aspecto democrático. En diversos países y en México es más frecuente verlo a través de la legislación en materia electoral y de toda la estructura orgánica en la materia, la cual corresponde, por un lado, a los órganos que desarrollan y vigilan los procesos electorales (conocidos en México como institutos electorales) y, por el otro lado, a los que dirimen controversias surgidas con motivo de ese desarrollo de los procesos electorales (tribunales electorales). En realidad se trata de procedimientos jurisdiccionales encaminados a mantener o restablecer la democracia, como ejemplo de lo anterior se tienen los diversos medios de impugnación cuya finalidad es otorgarle un derecho político, una garantía ciudadana o un reconocimiento partidista, a los diversos actores políticos que hay en una sociedad. A lo anterior lo

¹² De acuerdo a la lógica aristotélica o lógica formal, en la que existen proposiciones con ese elemento copulativo que le da sentido.

¹³ Aquí me refiero a todas las otras materias, ramas y clasificaciones de la ciencia del Derecho, específicamente las que hacen referencia a la praxis legal, al litigio de las controversias que pueden ser en las materias civil, penal, fiscal, etc. pero existe otra que es la referida a la materia electoral para dirimir controversias surgidas con motivo de la organización de las elecciones estatales.

llamaré *juicio democrático stricto sensu* (JDSS), el cual comprende la universalidad de variaciones posibles, consistentes en problemas que impactan en la forma de gobierno democrática y en los principios de la democracia y su solución por algún órgano específico del Estado y facultado por éste, a través de un procedimiento que, más allá de lo establecido por el derecho adjetivo electoral (o constitucional, en los casos en los que la controversia democrática incida en un problema que afecte a los derechos u obligaciones fundamentales), consiste en una serie de pasos, etapas y elementos procesados en el intelecto del juzgador democrático.

Cabe aclarar que el concepto de *juicio democrático* no será considerado aquí en el sentido de que un conflicto ha de solucionarse valiéndose del instrumento democrático de la mayoría, ya que una solución otorgada bajo este procedimiento no implica necesariamente la existencia de una certeza en la justicia final del veredicto. *Muchos* no es sinónimo de justicia y que un *gran número* tomen una decisión en determinado sentido no lo convierte —a pesar de la gran cantidad de sujetos que así lo postulasen— en una realidad y menos aún en un dictamen *justo*. Por ello, no es correcto postular el concepto de juicio democrático como un procedimiento apoyado en el aspecto esencial de la democracia de la mayoría. No se trata de un juicio de las masas producto de una operación aritmética para determinar cuantitativamente cuál es la solución al conflicto planteado.

El JDSS visto formalmente es realizado, entonces, por un individuo que ha sido designado por el Estado —o, más correctamente, por otro u otros funcionarios del Estado— quien ha sido colocado en esa posición estatal y se le ha atribuido esa responsabilidad específica de mantener o restablecer la democracia, de manera concreta al conocer de controversias surgidas con motivo de la celebración de comicios estatales.

Ahora bien, ¿ese JDSS que realizan los juzgadores democráticos, se debe fundar en la aplicación de la norma jurídica sin influencia de la legitimidad y con independencia de su ideología política personal? Para responder a esta pregunta es necesario abordar los aspectos de legalidad y legitimidad de ese juicio democrático bajo los parámetros básicos y fundamentales establecidos en un Estado Constitucional. Desde luego que no se deben omitir los parámetros del *ius-positivismo*, los cuales son aún muy importantes en un *Estado de Derecho* en el que se tiene por primicia salvaguardar los derechos —humanos y secundarios— de las personas, lo que cumple con la seguridad jurídica; sin embargo, el *ius-realismo* puede hacer presencia en un actividad jurisdiccional que consiste en mantener o restablecer la democracia, ya que los movimientos sociales que pueden dictar —y que lo han hecho— normas jurídicas alternas, con toda la eficacia que ello requiere (incluso mayor respecto a algunas reglas legisladas que pudieran incluso ser

desconocidas por la mayoría de los actores), pueden ser informadores para el juzgador al momento de realizar su actividad jurisdiccional con relación a un objeto de litigio que incida en la democracia.

Por otro lado, en el mencionado universo de posibilidades en el que el Derecho tiene su aplicación, existe otra porción dedicada no tan específicamente al aspecto democrático, es decir, a la actividad del juzgador que no está concretamente especializado en lo democrático o en lo electoral, pero que en su función realiza actividades que aquí llamaré *juicio democrático lato sensu* (JDLS); en cualquier caso, son necesarios los principios de discusión racional, con la finalidad de cumplir con los estándares mínimos de una sentencia.

Los principios de discusión racional en la actividad jurisdiccional

El derecho es un instrumento creado por el ser humano cuya finalidad —entre otras— ha sido y es la resolución de controversias surgidas por la interacción de las personas, como un producto de la acción social (Weber, 2005, p. 18), pero no sólo eso, también las surgidas con motivo de la relación entre los particulares y las entidades públicas y en el caso que nos ocupa, la relación que guardan los procesos de democracia (que, como ya se dijo, no se limitan a solamente los procesos de elección o de sufragio); por ello, la forma de resolver esas controversias no se constriñe —ni tiene porqué hacerlo— a solamente los juicios o procedimientos jurisdiccionales que se lleven al conocimiento de los tribunales electorales. La forma de resolver las controversias democráticas son bajo la aplicación de los principios de la democracia y, considerando que aquellos que llevan a cabo los JDLS's —es decir, todos los juzgadores, en su cualidad de personas insertas en un sistema jurídico y social basado en elementos democráticos— son entes políticos, insertos en una ciudadanía, que su decisión les afectará como miembros de la sociedad, por tanto, su juicio puede estar fundado e influenciado por aspectos de legitimidad y de su ideología política personal. Es así que las controversias públicas, políticas o no, deben ser solucionadas con la combinación de esos elementos de legalidad y legitimidad contrastados con los principios de la democracia.

Un elemento importante para lograr que esas controversias lleven implícita la legalidad y la legitimidad es la *racionalidad*, la cualidad de racional, que significa perteneciente o relativo a la razón o conforme a ella y del cual deriva el verbo *raciocinar* cuyo significado es usar la razón para conocer o juzgar, mientras que *raciocinación* es el acto de la mente por el cual se infiere un

concepto de otros ya conocidos.¹⁴ De ahí surge la importancia y la relación entre la racionalidad y los juicios democráticos, ya que al momento de valorar las prueba en un JDLS o en un JDSS es necesario aplicar la razón para establecer la conexión probatoria entre los hechos que se pretenden probar y la posible violación a los contenidos esenciales democráticos.

En efecto, *razón* se refiere a la facultad o al acto de discurrir el entendimiento, se trata de un argumento o una demostración que se aduce en apoyo de algo, pero también puede significar justicia o rectitud en las operaciones o Derecho para ejecutarlas. Karl Popper (1994, p. 255) se refiere a la racionalidad como *...una manera de pensar e incluso una manera de vivir: una disposición para escuchar argumentos críticos, para buscar los errores propios y para aprender de ellos*. Dice también que los principios que constituyen la base de toda discusión racional —es decir, de toda discusión destinada a la búsqueda de la verdad— constituyen los principios éticos esenciales; tres de esos principios son: 1) falibilidad: tal vez una persona esté equivocada o tal vez no, pero es fácil que cualquiera esté equivocado; 2) discusión racional: se deben analizar, de forma tan impersonal posible, las razones a favor y en contra de una teoría; y 3) aproximación a la verdad: en una discusión que evite los ataques personales, casi siempre podemos acercarnos a la verdad. Esos tres principios están relacionados con la democracia y sus fundamentos. Veamos el porqué:

1. Falibilidad. *Tal vez una persona esté equivocada o tal vez no* es una aseveración que implica dos posibilidades: equivocarse o estar en lo correcto, y esas dos posibilidades significan una contingencia probable en un ambiente de toma de decisiones por parte de un tomador de decisiones o de un *decisor*, tal como lo es un votante —por ejemplo— al momento de emitir su sufragio en un proceso electoral o, más acorde con la acción democrática, un juzgador que realiza un JDLS o un JDSS al momento de tomar una decisión que plasmará en una sentencia. Aunado a lo anterior, existe la posibilidad de que esté equivocado (derivada de esa facilidad que menciona: *pero es fácil que cualquiera esté equivocado*). Aquí facilidad implica posibilidad e incluso probabilidad, que se traduce en una posibilidad de que esté equivocado en su decisión. El votante puede estar equivocado en su decisión, aunque ello podría depender de factores objetivos como la eficacia del candidato electo al ejercer su función gubernamental o el cumplimiento de las promesas hechas en campaña o también de factores subjetivos como el carisma, la simpatía o en

¹⁴ Cabe aclarar la diferencia entre racionalidad y racionalismo, ya que este último hace referencia a una corriente del pensamiento filosófico fundada por Renato Descartes, opuesta al empirismo y basada en la orientación gnoseológica según la cual la razón es la única fuente de conocimiento auténtico.

general la imagen del eventual ocupante del cargo público, pero lo importante, independientemente de la objetividad o subjetividad del caso, es que existe la posibilidad latente de una equivocación. ¿Cómo esto puede estar relacionado con los fundamentos de la democracia? Por una razón: la democracia es en esencia una elección, un acto de escoger, de elegir, es una acción decisoria que se realiza por un sujeto, y la democracia considera la posibilidad de que ese sujeto que toma la decisión se equivoque, y si no, ¿por qué dentro de los requisitos de la democracia no existe el relacionado con la racionalidad, que puede significar un margen de inteligencia o de cultura, que podrían garantizar o asegurar mínimamente una correcta toma de decisiones? La respuesta es: por que no es necesario¹⁵ para la toma de decisiones trascendentales —públicas o estatales— que las decisiones posean esa cualidad; es suficiente con que se pronuncie la decisión por un número determinado de entes decisores. Todo lo anterior significa que bajo el principio de mayoría democrático está tácitamente aceptado que puede haber yerros en la toma de decisiones, que pueden razonablemente ocurrir fallos y desaciertos y, por tanto, existir falibilidad.

2. Discusión racional. *Se deben analizar, de forma tan impersonal posible, las razones a favor y en contra de una teoría* la cual puede sustituirse por una opción (hablando de posibilidades en una contienda electoral) o de un sentido en la resolución de algún caso (hablando de una determinación adoptada a través de una sentencia o una resolución jurisdiccional). En cualquiera de los dos casos, se trata de dos posiciones: a favor o en contra. Es una dualidad en la compleja acción de escoger que trasciende al ámbito de la democracia; en una democracia lo *positivo* o lo *negativo*, lo *a favor* o lo *en contra*, lo *sí* o lo *no*, son posturas que ineludiblemente se deben adoptar para poder continuar con el desarrollo de un sistema democrático. Las cuestiones aquí son: ¿Cómo se deben tomar esas decisiones en la que se encuentra implicada esa dualidad? ¿Cuál es el medio o el mecanismo —intelectual— por el que se puede optar por una u otra de las posiciones en esa dualidad? Las respuestas las encontramos en la discusión racional, ya que ésta significa analizar de manera impersonal las razones a favor y en contra. Para lo anterior es inevitable tener en consideración —y a la vista, por ilustrarlo de algún modo— las

¹⁵ En términos de la democracia no es necesario, aunque en otros sí lo podría ser, por ejemplo, si queremos que en un Estado se corrijan ciertos problemas que han aquejado a la población (como la violencia y la pobreza) entonces se hace necesario que las decisiones sean de otro tipo, que estén apoyadas por un racionalismo cabal...

opciones disponibles en un universo de posibilidades que van, incluso, más allá de la simple dualidad, y una vez teniéndolas, se debe proceder a realizar esa acción intelectual denominada análisis (de acuerdo con lo establecido por Popper), en donde los objetos de decisión —opciones— son descompuestos en la cantidad de conceptos necesaria que permita la cabal comprensión de los mismos; a lo anterior se le debe añadir una desvinculación con los sentimientos subjetivos del ente que, por su función, se encuentra realizando esa toma de decisiones o esa adopción de elecciones. Indispensablemente debe existir una contrastación de las posibilidades puestas a la vista del decisor, una pugna conceptual entre los elementos producto de la descomposición analítica para obtener los fundamentos racionales que eventualmente soportarían a la toma de decisiones en uno u otro sentido en esa dualidad.

3. Aproximación a la verdad. *En una discusión que evite los ataques personales, casi siempre podemos acercarnos a la verdad* en este aspecto, la *verdad* debe considerarse como una decisión, no como el concepto epistémico cuyas complicaciones filosóficas pueden rebasar las intenciones del presente artículo; no obstante, la objetividad característica de esa *verdad* es digna de tomarse en cuenta en el resultado de una toma de decisiones. Desde luego que *casi siempre* es una afirmación imprecisa que no da la seguridad necesaria tratándose de la toma de decisiones, menos en un ámbito público y gubernamental. Lo anterior hace que este principio de la discusión racional de Popper sea cuestionado al tratar de aplicarse en un medio en el que una mala decisión puede ser perjudicial a niveles públicos y no entre particulares, lo que da una idea de la importancia que tiene la objetividad y la rigurosidad al momento de decidir. No basta *aproximarse* a la verdad, no es suficiente con la promesa —dudable— de que puede haber la posibilidad de llegar a la verdad, no es suficiente en la resolución de un caso en el que se encuentran involucradas circunstancias que por su importancia social son de mucha valía (como la forma de gobierno democrática, motivo del presente escrito). Sin embargo, la legitimidad atiende más directamente a la afirmación tradicional, pues se basa en sentimientos personales de simpatía y de carisma que influyen en la mente del tomador de decisiones y que afectan a las decisiones mismas; en pocas palabras, es la subjetividad de la frecuencia con la que se puede llegar a la verdad versus la objetividad de la necesidad de tomar decisiones correctas por razón de la importancia y el impacto de las mismas en una sociedad democrática. Como complemento, la discusión debe evitar *ataques personales*, esto es,

dejar de lado la subjetividad para darle paso a la objetividad, lo cual riñe con la legitimidad como un aspecto sustantivo en la toma de decisiones.

Según Popper (1994, p. 260), dichos principios son a la vez epistemológicos y éticos, ya que implican tolerancia: *si yo espero aprender de ti, y si tú deseas aprender en interés de la verdad, yo tengo no sólo que tolerarte sino reconocerte como alguien potencialmente igual*. Esos principios éticos esenciales de los que habla el autor —y que están relacionados estrechamente, según se vio antes, con la teoría de la democracia— se deben aplicar a la valoración de pruebas en un proceso jurisdiccional o juicio; lo anterior se puede ilustrar de la siguiente manera: por virtud del principio de falibilidad el juez debe comprender que las partes pueden, con relación a lo argumentado en el proceso, estar equivocados (o tal vez no, como parte de la contingencia democrática), pero que es fácil y sobre todo posible que esté equivocado (por que cualquiera puede estarlo); en virtud del principio de discusión racional, quien realiza los JDLS's y los JDSS's debe estar consciente de la necesidad de analizar, de la forma más impersonal posible, las razones y argumentos planteados por las partes en pugna o litigio, ya sean a favor o en contra de determinado argumento; por el principio de aproximación a la verdad el juzgador democrático se encuentra en una postura que, sin que se vean involucrados ataques o discusiones personales, casi siempre puede aproximarse a la verdad.

En este punto surge la siguiente interrogante ¿de dónde proviene la legitimidad de un juzgador democrático? Y la respuesta la ha dado la doctrina (Nieto, 2003, p. 115) al mencionar que la legitimidad del órgano jurisdiccional proviene de la racionalidad de sus resoluciones y de la posibilidad de aceptación social de éstas. En tal virtud, la justificación judicial con la cualidad de racional en casos democráticos, además de producir un fallo con validez argumentativa¹⁶ también produce la persuasión y el convencimiento de los actores en el proceso jurisdiccional y de la sociedad democrática involucrada en el juicio democrático de que se trate. Al final de todo ello se logra la aceptación de la existencia del juzgador y de su fallo democrático.

Ahora bien, para que un juzgador emita una resolución se hace necesario que dentro del proceso de que se trate exista la posibilidad de que valore las pruebas,¹⁷ lo cual consiste en la

¹⁶ Por haberse apegado a los preceptos de la lógica formal y de la argumentación e interpretación jurídicas, que son la base para la redacción de la parte considerativa de las sentencias.

¹⁷ La prueba es la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo.

acción intelectual de darle un valor a esos medios probatorios¹⁸ para generar una convicción en el juzgador, lo cual, desde el punto de vista de la teoría general del proceso, se debe aplicar la razón para determinar la validez de esas pruebas y para determinar la existencia o no del hecho que ha sido sometido a su conocimiento. Pero no solamente se trata de estimar o apreciar el valor o mérito de las razones, argumentos o instrumentos con los cuales las partes en el proceso jurisdiccional pretenden demostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho sometido al juez, a través del formalismo de la razón, sino que además entra en juego la experiencia y cosmovisión política y democrática del juzgador, y entran en acción sus concepciones derivadas de las vivencias que tenga acerca de la libertad y de la igualdad y que inevitablemente afectará e influirá en su apreciación de la prueba valorada y del objeto del juicio en cuestión.

Manuel Atienza (2003, p. 175) dice que frente a un caso difícil existen, entre otros, problemas de prueba, que surgen cuando existen dudas sobre si un determinado hecho ha tenido lugar y dice que el juez o los jurados toman sus decisiones de forma irracional, o por lo menos *arracional*, para posteriormente someterlas a un proceso de racionalización, y que por lo tanto, la decisión no se basa en la lógica, sino en los impulsos del juez determinados por factores políticos, económicos y sociales y sobre todo, por su propia idiosincrasia.

Por su parte, Paolo Comanducci (1999, p. 128) dice que el poder de la opinión parece ser bastante eficaz para controlar las decisiones judiciales y que las interpretaciones extravagantes o inusitadas tienen en contra las pesadas reacciones de desaprobación y de rechazo social; dice que jueces, clientes, juristas y teóricos funcionan como un instrumento de control que rodean las interpretaciones más antojadizas. Ese rechazo social se traduce en una falta de aceptación del órgano jurisdiccional que va erosionando y disminuyendo su credibilidad y que redundará en una poca o incluso nula legitimidad; de lo anterior puede resultar que los justiciables y la sociedad asuman contra su voluntad la decisión judicial afectando los principios que la democracia postula.

Michele Taruffo (2002, p. 12) dice que probar un hecho significa convalidar, con base en los datos cognoscitivos disponibles, una hipótesis relacionada con ese hecho. Básicamente, los hechos son un conjunto complejo de enunciados hipotéticos¹⁹ dentro del cual el juez debe elegir la reconstrucción de los hechos más viable (verdadera) con base en las pruebas de que dispone. Se supone que esa elección realizada por el juzgador no debe ser hecha por casualidad o por intuición,

¹⁸ Dice el Diccionario de la Lengua Española que valoración es acción y efecto de valorar y a su vez valorar es reconocer, estimar o apreciar el valor o mérito de alguien o algo.

¹⁹ En el que cada uno de esos enunciados corresponde a una versión posible sobre una circunstancia.

ni basada en sus preferencias personales, sino racionalmente, sin embargo, un elemento importante en la valoración de las pruebas es el sentido común,²⁰ el cual informa que ciertos elementos de carácter no racional ni lógico pueden —e incluso deben— estar presentes en la acción de juzgar. También expresa este autor que las máximas de la experiencia son un intento de racionalizar al sentido común del juez en el contexto probatorio, desafortunadamente, dice, la idea de que el sentido común produce máximas o reglas generales idóneas para llegar a deducciones dotadas de validez lógica y de congruencia teórica, no tiene fundamento.

Se expone como falsa la idea de que el sentido común puede generar conclusiones judiciales con validez lógica. De la misma manera puede considerarse la sana crítica, pues está basada en un conjunto de normas o reglas producidas por el criterio de los jueces y apuntaladas en la experiencia y en circunstancias de carácter psicológico. Lo anterior significa que la forma de valorar las pruebas basada en el sentido común y la sana crítica debe ser aplicada de manera muy cuidadosa, porque, además, es el reflejo de múltiples circunstancias que confluyen en el modo de pensar del juzgador,²¹ las cuales, por sus propias características, no pueden ser (o al menos es muy difícil hacerlas) generalizables o cuantificables. Lo anterior representa el conflicto de todo juzgador al momento de juzgar, ya que por un lado es inevitable que, en su carácter de persona dotada de habilidades políticas y sociales e involucrada en una sociedad regida por circunstancias democráticas, aplique ese pre-conocimiento y experiencia personal a los casos que juzga y por el otro lado se encuentra la teoría de la democracia que exige libertad e igualdad en toda actuación —incluido el acto de juzgar— so pena de considerarlo como no democrático o, incluso, antidemocrático.

Considerando que el sentido común se encuentra inmerso en cualquier actividad intelectual realizada por el ser humano, existen, según Taruffo,(2002, p. 15) tres condiciones mínimas para aplicarlo:

²⁰ Conjunto de conceptos, informaciones, reglas, máximas, valoraciones que representan el patrimonio de la cultura media, sus fronteras y límites son vagos, inciertos, inestables, volubles y fugaces, varían en el tiempo y en el espacio en función de las transformaciones de la cultura media, es heterogéneo, pues confluyen además de datos científicos, fundamentos o valoraciones morales, prejuicios, recuerdos, ideas de los medios de comunicación, etc.

²¹ El sentido común se manifiesta en: fines, estándares, valoraciones, nociones genéricas, enunciados ambiguos, tendencias, consejos, preferencias, etc.

1. Que se trate de nociones comúnmente aceptadas en el ámbito social y cultural en donde ha sido formulada la decisión²² ;
2. Que las nociones del sentido común consideradas por el Juez no sean falsas u opuestas al conocimiento científico;
3. Que esas nociones del sentido común no contradigan a otras nociones del sentido común.

Las reglas del sentido común que se empleen deben ser democráticas y congruentes con los hechos concretos con los cuales tiene referencia. Las nociones de sentido común generales o vagas pueden producir conclusiones distintas, no idóneas para fundamentar conclusiones no democráticas. En general, el juez debe realizar una búsqueda de las nociones del sentido común que sean acordes con los principios que postula la teoría de la democracia para que pueda darle una resolución al caso concreto de manera congruente; para que sea un verdadero juicio democrático. Si el juez en un JDLS o JDSS actúa cumpliendo con los requisitos de procesamiento intelectual y de racionalidad requeridos, entonces su juicio será válido y legal, pero si además de eso lo hace satisfaciendo los elementos democráticos como libertad e igualdad (para lo cual debe hacer uso, como ya se dejó establecido, del sentido común y de ese cúmulo de experiencias que forman parte de su cosmovisión política y social), entonces será también democrático y estará logrando además de la legalidad de su fallo, la legitimidad. En un JDLS o en un JDSS se debe proceder dialécticamente postulando nociones democráticas —de sentido común— específicas y congruentes, que resistan impugnaciones racionales y que fundamenten hipótesis de inferencia probatoria; ese procedimiento dialéctico termina cuando la base del sentido común ya no puede ser expuesta a impugnaciones u objeciones fundadas en buenos argumentos racionales —ni de sentido común — y entonces puede considerarse válida y democrática para tomar una decisión jurídica, pero si lo anterior no se consigue, la consecuencia es que la hipótesis sobre el hecho no se puede confirmar y por tanto no puede ser considerada como una alternativa de decisión judicial ya que se trataría de una disrupción jurídica.

La valoración de las pruebas no debe ser producto de creencias o consideraciones infundadas o por la aceptación y sometimiento a criterios autorizados no probados, pues las controversias sometidas al conocimiento y jurisdicción del juez corresponden a una porción de la realidad tangible, y que por lo mismo deben ser tratadas con métodos tangibles y comprobables, no caprichosos ni infundados. La racionalidad en la valoración de las pruebas consiste en el

²² Sin embargo, una aseveración no es verdadera o correcta sólo porque un cierto número de personas lo creen, lo cual contrasta con otro de los principios de la democracia: la mayoría.

esfuerzo objetivo, llevado a cabo por el juzgador, para alcanzar la mejor apreciación de las versiones posibles sobre determinado hecho y con ello elegir la más viable. Por ello, el juez debe constituirse en un ser humano que respete las reglas de la valoración racional con la finalidad de que sus fallos sean democráticos.

Legalidad y legitimidad: dos parámetros decisorios en el *juicio democrático lato sensu* (JDLS)

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada en 1948 por la organización de las Naciones Unidas, reconoció y estableció, en su artículo 21, el derecho de las personas a participar en el gobierno de su país de manera directa o por medio de representantes libremente escogidos, asimismo su derecho al acceso a condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país; estableció que la voluntad popular es el fundamento del poder público y se expresa mediante las elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, a través del sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

En un Estado de Derecho se debe cumplir con un mínimo de disposiciones *legales* para *garantizar* la seguridad y para que todos los individuos cuenten con los medios necesarios para respetar sus derechos, como los contenidos en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual prevé que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, habiendo tribunales que estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley. Es un deber del Estado crear y organizar tribunales encargados de impartir justicia para resolver los juicios que se sometan a su consideración dentro de los plazos y términos que señalan las leyes, es decir, conforme a la legalidad.

Una de las características deseables de los jueces (tanto en JDLS como en JDSS) es que deben ser órganos de derecho, ya que deben fundar sus resoluciones en la ley, a diferencia de los tribunales de conciencia que pueden fundar sus fallos en consideraciones de justicia y equidad; dicha característica está referida a la legalidad: significa que en su ejercicio jurisdiccional los jueces deben revisar la congruencia de los actos sometidos a su conocimiento con la ley. Pero no solamente eso, también los propios jueces deben apegarse a la legalidad, ya que al ser ellos un instrumento del Estado constitucional y de estar inmersos en un sistema jurídico, están también sujetos a la ley.

Si consideramos que jurídicamente las circunstancias políticas están determinadas por el Derecho y políticamente las circunstancias jurídicas están determinadas por los factores reales del poder,²³ es decir, por la política, entonces la actividad jurisdiccional es un concepto que se debe analizar desde el punto de vista tanto jurídico como político, pues en su realización se conjugan diversos elementos relacionados con esos dos ámbitos. Es ahí donde se considera que los aspectos de legalidad y legitimidad están involucrados en un JDSS y que dentro de sus parámetros decisorios inciden ineludiblemente.

En la parte jurídica se encuentra el Derecho Electoral, el cual es una rama del derecho constitucional que regula los procesos en los que el pueblo selecciona periódicamente a los integrantes de los órganos del Estado y tienen como objeto determinar los derechos y obligaciones de los individuos que intervienen en el sufragio, establecer y regular las instituciones e instancias electorales, así como las relaciones derivadas de la actividad electoral. Su fin es asegurar que los procedimientos electorales se verifiquen en forma ordenada y determinar las consecuencias jurídicas que deban producir los actos que se realicen durante el procedimiento; en esta materia los sujetos son: ciudadanos, partidos políticos y órganos estatales electorales. En suma, el Derecho Electoral regula el fenómeno del sufragio como medio democrático para acceder al poder público. Esos procedimientos jurisdiccionales que se encuentran encaminados a verificar que los actos de las autoridades encargadas de organizar los comicios o de calificar los resultados, se encuentren apegados a derecho y cumplan con la legalidad, constituyen lo que se conoce como *justicia electoral* y son parte de un JDSS.

Por otro lado, el aspecto de la legitimidad también tiene importancia —de acuerdo a lo revisado en el apartado anterior—, por ello, también debe ser considerado como uno de los parámetros en un JDSS. Lo anterior nos remite necesariamente al problema de la legitimidad, el cual ha significado *poder legítimo* y supone ciertos requerimientos que, una vez satisfechos, otorgan un *iusto* título, es decir, un fundamento justo al detentador del poder. Por tanto, la legitimidad democrática en sentido estricto —o electoral— significa justificación en la titularidad del poder, que el individuo electo esté investido de la aceptación del electorado o de su mayoría para ejercer las funciones inherentes al cargo. En esta aceptación viene implícito el ánimo de obediencia por parte de los gobernados, pues psicológicamente están seguros de que han cedido su parte alícuota de poder en beneficio de ellos mismo y, por consiguiente, de la sociedad en que viven.

²³ Haciendo alusión a la ya clásica obra de Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una constitución?*

Por otra parte, algunos pensadores han manifestado su parecer en torno al presente tema: Jean Bodino (1973, p. 11) define a la República como ... *el recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano...* y ese *recto gobierno* no es otra cosa que la referencia que hace el autor a la legitimidad, haciendo alusión a que el gobierno debe actuar con base en la razón y en la justicia, teniendo como fundamento la discusión racional de la que Popper hablaba.

La cuestión es ¿cómo se puede salvaguardar la legalidad y la legitimidad en la toma de una decisión jurisdiccional? Y esta pregunta lleva a considerar los dos aspectos, legalidad y legitimidad, como dos elementos antagónicos en ocasiones, y en otras como complementarios entre sí; ¿Cómo conciliar esas dos características deseables en los JDLS's y en los JDSS's? Estas dos cuestiones nos llevan a considerar la existencia de una disrupción jurídica en el acto de impartir justicia, ya que lo ideal sería que tanto la legalidad como la legitimidad fueran satisfechas en el mismo acto de juzgar. Cumplir con la necesidad de que el contenido y la esencia del juicio sean acordes con la ley pero también que contengan los elementos sociales y políticos necesarios para que el sistema siga sosteniendo la credibilidad y la aceptación de las funciones y de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y, también, de los entes que reciben la resolución o decisión jurisdiccional.

Constitucionalidad y convencionalidad: otros dos parámetros decisorios en el juicio democrático stricto sensu (JDSS)

Una de las facultades de la Suprema Corte de Justicia de la Nación derogadas²⁴ —vinculada con el JDSS— estaba relacionada con la violación del voto público; el tercer párrafo del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecía:

La Suprema Corte de Justicia está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes.

El argumento medular para la referida reforma constitucional fue el siguiente:

Existe generalizado acuerdo sobre la inoperancia de la facultad contenida en el párrafo anterior, que desde la reforma de 1996 entró en contradicción con las facultades que la propia Constitución confiere al TEPJF. Siendo definitivas e inatacables las sentencias del Tribunal Electoral, la pregunta es cómo y

²⁴ Decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007.

para qué efectos podría la Suprema Corte de Justicia de la Nación, órgano máximo del Poder Judicial Federal, realizar una investigación sobre posibles violaciones al voto público, que además hubiesen afectado la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión. Si esa hipótesis llegare alguna vez a actualizarse, es de toda evidencia que la Sala Superior del TEPJF tendría que ejercer a plenitud sus facultades y declarar nulo el proceso de que se tratase...

Con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 2011,²⁵ en la que se da inicio con la corriente de los derechos humanos, el ordenamiento jurídico mexicano cuenta ya con lo que la doctrina ha denominado bloque de constitucionalidad, conformado por dos sistemas de fuentes de derechos humanos: uno de carácter nacional y otro internacional de los que el Estado mexicano sea parte. Se pretende expandir la vigencia y el margen de ejecución de los derechos humanos y se pretende también favorecer de forma real a la persona y establecerse como un eje indiscutible de toda la actuación política.

Relacionado con lo anterior, existen determinadas características que deben cumplir un país para considerarlo como Estado Constitucional de Derecho: subordinación de la legalidad a constituciones rígidas, el cambio de las condiciones de validez de las leyes, determinación de las formas legislativas, imposición de prohibiciones y obligaciones de contenido relativas a los derechos (incluso los sociales), presupone principios fundamentales: dignidad humana, libertad, igualdad, todos relativos a la estructura y fines del Estado de Derecho Democrático y social, especialmente los derechos fundamentales (Ferrajoli, 2003, pp. 13-29).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado jurisprudencia en el sentido de que todos los jueces de nuestro país, de todos los niveles, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados a verificar la compatibilidad entre los actos y las normas nacionales de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como con sus protocolos y la jurisprudencia que emita la Corte Interamericana.²⁶

También la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha fijado diversas tesis de jurisprudencia con relación al control difuso de la convencionalidad,²⁷ en las que ha sostenido que dicho control

²⁵ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La denominación queda: *DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS*.

²⁶ Al respecto, es paradigmático el voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010.

²⁷ Tesis: 1ª/J. 36/2015 (10ª) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación p. 166, de rubro: *AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EN LA DEMANDA SE ALEGA LA OMISIÓN DE LA RESPONSABLE DE REALIZAR EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL*, en la

consiste en preferir la aplicación de las normas fundamentales de derechos humanos sobre aquellas que los contravengan, bajo un procedimiento que consiste en a) hacer una interpretación conforme en sentido amplio por la cual se favorezca la protección más amplia de las personas; si esto no es posible, b) llevar a cabo una interpretación conforme en sentido estricto según la cual, ante varias interpretaciones jurídicamente válidas, preferir la que más favorezca los derechos fundamentales y, finalmente, cuando ninguna de las anteriores opciones es posible, c) atender directamente a la norma fundamental, en inaplicación de la norma secundaria incompatible.

Ahora bien, lo anterior informa los parámetros decisorios en los JDSS's, por lo que se debe tomar en cuenta la reforma al artículo 99 constitucional de 13 de noviembre de 2007, la cual estableció:

Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio.²⁸

Hay tribunales locales que, al llevar a cabo un JDLS, han aceptado la tendencia del control difuso de la convencionalidad²⁹ y han inaplicado preceptos legales por considerarlos contrarios a la constitucionalidad o a la convencionalidad.

Por otro lado, las facultades de los tribunales en un JDSS para desaplicar una norma legal al caso concreto, ya sea por inconstitucionalidad o por inconventionalidad, derivan de lo siguiente:

1. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada el 10 de junio de 2011, la cual establece ahora en su artículo 1º, párrafo tercero, lo siguiente:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

que también la Suprema Corte cita la tesis P. LXIX/2011 (9ª), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre de 2011, página 552, de rubro: *PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*; y Tesis: 2ª/J. 16/2014 (10ª) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación p. 984, de rubro: *CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*.

²⁸ Reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007.

²⁹ Por ejemplo, la sentencia dictada por la Cuarta Sala Unitaria Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, de fecha 8 de agosto de 2011.

2. De la sentencia dictada por la CIDH, en el caso Rosendo Radilla Pacheco, la cual establece la obligación a cargo de todos los jueces mexicanos de aplicar, incluso de oficio, el control de convencionalidad.

El juzgador —tanto en un JDLS como en un JDSS— tiene el deber de que, una vez verificado lo anterior, se expongan las razones por las cuales considera que es inconstitucional la norma a desaplicar; por ello, existen las siguientes consideraciones previas:

- a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada por el decreto mencionado de fecha 10 de junio de 2011, establece en su artículo primero, párrafo tercero, lo siguiente:

Todas la autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

- b) La sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, que en su párrafo 339 deja establecida la obligación a cargo de todos los jueces mexicanos de aplicar el control de convencionalidad, incluso de oficio:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico 320. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

- c) El 12 de julio de 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió lo siguiente:

Se determinó que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad que debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco vs. los Estados Unidos Mexicanos, y en los artículos 1º, 103, 105 y 133 de la Constitución Federal (...) es en el sentido de que 1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, puede declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos. 2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones. Y 3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos...

En el primer punto, los jueces del Poder Judicial que conozcan de algún medio de control de la constitucionalidad pueden declarar la invalidez de las normas que contravenga a la Constitución o a los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, se trata de una atribución que podría ser acorde con la actividad sustantiva que realiza ese órgano jurisdiccional, y también acorde con los requisitos mínimos que se cumplen —al menos de forma— en la conformación del alto tribunal, lo cual podría llevarnos a pensar que tal atribución de tan alta importancia es *ad hoc* al órgano que la ejerce. En el segundo punto, en el caso de los demás jueces que en los asuntos de su competencia lleven a cabo un JDLS pueden desaplicar las normas que infrinjan a la Constitución o a los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, con la condición adicional de que lo hagan sólo con efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones, existe la duda sobre el ejercicio correcto de la función jurisdiccional y sobre la resolución a favor o acorde con la democracia, ya que potencialmente se le puede presentar un caso en el que se encuentre a discusión la prevalencia de algún derecho humano —o algo que al juzgador *lato sensu* le parezca un derecho humano— con los principios de la democracia.

Además de la legalidad y la legitimidad, estos dos parámetros deben ser considerados en las decisiones de los juzgadores tanto en JDLS's como en JDSS's:³⁰ la constitucionalidad y la

³⁰ Pero además, todas las autoridades que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos, de acuerdo con la resolución del 12 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

convencionalidad. Sin embargo, junto con la legalidad y la legitimidad, podrían causar otros problemas diferentes de aquellos que resuelven, ya que a partir de la instauración de las nuevas tendencias de derechos humanos y de los controles difusos de convencionalidad de los mismos, ha existido una confusión que provoca una falta de precisión en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas. Muy por el contrario de lo que se opina en el medio académico y muy diferente al discurso oficial que enaltece las reformas constitucionales mexicanas posicionándolas como la panacea definitiva para la protección de los derechos humanos y, por ende, de todos los demás derechos. Sin embargo, la realidad presentada es otra muy distinta: continúan los problemas que han aquejado a México, lo que demuestra la existencia de una disrupción jurídica en cuanto a la aplicación de las leyes o de la Constitución mexicana por parte de los juzgadores; en efecto, con el objetivo de evitar una trasgresión a los instrumentos internacionales suscritos por México, los juzgadores involucrados en los JDLS's y en los JDSS's pueden incurrir en una dispersión de criterios al intentar aplicar (o inaplicar) las leyes pero siendo congruentes con la constitucionalidad y/o con la convencionalidad y, simultáneamente, tratando de legitimar su actuación y el resultado vertido en la sentencia.

Se trata de una disrupción jurídica existente en el caso de que el juzgador satisfaga la legalidad, la legitimidad, la constitucionalidad o la convencionalidad, ya que una adecuada legalidad podría transgredir a la legitimidad, una adecuada legitimidad podría contravenir a la norma y, por tanto, a la legalidad, una correcta aplicación de las normas constitucionales pueden determinar la desaplicación de una norma jurídica secundaria, el control de lo establecido en las convenciones —en materia de derechos humanos— puede significar la no aplicación de los preceptos constitucionales y, menos aún, de los legales, sin mencionar los casos especiales en los que sería necesario poner a competir normas constitucionales con otras normas constitucionales o normas convencionales con otras normas convencionales o un derecho humano con otro derecho humano, como el caso del derecho humano a votar y ser elegidos en elecciones periódicas y auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto, que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores.³¹ Por todo lo anterior, se vislumbra como un reto teórico la determinación de una posible solución para la actuación de los entes que llevan a cabo los JDLS's y los JDSS's, tal vez considerando una posible nueva forma de interpretar los preceptos legales, los

³¹ Artículo 23 párrafo 1 inciso b) de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, conocido también como *Pacto de San José*.

constitucionales y los convencionales, sin contradecir a los fundamentales y cumpliendo con la necesidad legitimidad. Tal vez sea necesaria una nueva corriente en la interpretación de ese universo de reglas, de ese bloque de constitucionalidad, y de todos esos criterios, fundada en una interpretación más acorde con los principios democráticos, que coadyuve con ellos y que, al final, los proteja con base en algo que se podría denominar interpretación pro-democrática; una interpretación con un verdadero sentido democrático sobre el Derecho y su aplicación a la solución de casos concretos que sea capaz de comprender la complejidad de la realidad social y, en consecuencia, de juzgarla democráticamente. Tal es el reto teórico que se deriva del análisis al presente tema de investigación.

CONCLUSIONES

Primera. En el universo de posibilidades donde el Derecho se involucra para dar solución a los conflictos, existe una porción relacionada con su aplicación específica para la emisión de sentencias que tienen como objeto directo la democracia o cualquiera de sus instrumentos; aquí tienen cabida los derechos electorales, los derechos ciudadanos o los procedimientos estatales de elección en los que están involucrados distintos actores políticos; en este fragmento se contienen los *juicios democráticos stricto sensu*.

Segunda. En ese universo de posibilidades existe otra porción relacionada con la aplicación no específica ni directa del Derecho sobre cuestiones democráticas, pero que inciden de forma indirecta en la conformación y sostenimiento de una democracia estatal; aquí se continen los *juicios democráticos lato sensu*.

Tercera. Los principios de falibilidad, discusión racional y aproximación a la verdad, deben ser aplicados en los juicios democráticos *lato* y *stricto* sensu, para que los fallos puedan acercarse a la validez democrática; en caso contrario, los efectos y consecuencias de la aplicación normativa al caso concreto pueden constituir una disrupción jurídica, lo anterior por la complejidad que representa el cumplimiento y la satisfacción de la legalidad, la legitimidad, la constitucionalidad y la convencionalidad.

Cuarta. La complejidad para dar cumplimiento a la legalidad, la legitimidad, la constitucionalidad y la convencionalidad, así como la dispersión de criterios y el problema de la inaplicación imprecisa e incontrolada de las normas jurídicas, provoca una disrupción jurídica en el ámbito de la aplicación del derecho a la solución de casos concretos y ello perjudica el sentido

democrático (y sus principios) en las sentencias emitidas en *juicios democráticos lato sensu* y *juicios democráticos stricto sensu*.

Quinta. Como consideración final, se hace necesario para futuros estudios el análisis y revisión de una posible *interpretación pro-democrática* en el acto de juzgar, lo anterior derivado de la disrupción provocada en el acto del *juicio democrático lato sensu* y del *juicio democrático stricto sensu*, tratando de satisfacer los parámetros de legalidad, legitimidad, constitucionalidad y convencionalidad, con la finalidad de poder establecer las bases, al menos teóricas, de una adecuada interpretación de las normas legales, constitucionales y convencionales, que no vulnere los derechos humanos, que sean congruentes entre sí, que tutele los principios democráticos de un Estado y que comulgue con la legitimidad política, social y jurídica tan necesitada en la actualidad.

FUENTES DE INFORMACIÓN

ATIENZA, (2003), Manuel, **Las Razones del Derecho**, UNAM, México.

BODINO, Jean, (1973), **Los seis libros de la República**, Aguilar, Madrid, Libro I, Capítulo I.

CABRERA Acevedo, Lucio, (1989), **La Suprema Corte de Justicia en la República Restaurada, 1867-1876**, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

COMANDUCCI, Paolo, (1999), **Razonamiento Jurídico. Elementos para un Modelo**, Editorial Fontamara, México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (1917), Diario Oficial de la Federación, México.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, (1969), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre.

Voto razonado del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, (2010), Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, en relación con la sentencia del 26 de noviembre.

Decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (2007), Diario Oficial de la Federación, México, 13 de noviembre.

Decreto de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (2011), Diario Oficial de la Federación, México, 10 de junio.

FERRAJOLI, Luigi, (2003), **Pasado y futuro del Estado de Derecho**, en Carbonell, Miguel (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta.

FIX-FIERRO, Héctor y López-Ayllón, Sergio, (2001), **Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México**, Revista *Política y Gobierno*, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México.

LASSALLE, Ferdinand, (2006), **¿Qué es una Constitución?**, Colofón, México.

NIETO, Santiago, (2003), **Interpretación y Argumentación Jurídicas en Materia Electoral. Una Propuesta Garantista**, UNAM, México.

POPPER, Karl, (1994), **En busca de un mundo mejor**, Paidós, Barcelona.

SCHUCK, Peter H., (2004), **El poder judicial en una democracia**, SELA (*Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política*), *Papers*. Paper 31. http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/31.

Secretary of State of the United States, (1803), **William Marbury vs. James Madison**, 137 (cranch) february term.

Sentencia, (2011), Cuarta Sala Unitaria Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, 8 de agosto.

TARUFFO, Michele, (2002), **Función de la Prueba: la Función Demostrativa**, lección impartida en Frascati, 1996, encuentro académico “Técnicas de Argumentación y Persuasión”, Federico Valle Ochoa (trad.), Escuela Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Tesis P. LXIX/2011 (9ª), (2011), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Tomo 1, diciembre, p. 552, rubro: “Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos.”

Tesis: 1ª/J. 36/2015 (10ª), (2015), Primera Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 18, Mayo de 2015, p. 166, rubro: “Amparo directo en revisión. Es procedente cuando en la demanda se alega la omisión de la responsable de realizar el control difuso de constitucionalidad de una norma general”.

Tesis: 2ª/J. 16/2014 (10ª), (2014), Segunda Sala. Decima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, p. 984, rubro: “Control difuso. Su ejercicio en el juicio contencioso administrativo”.

Caso Tabasco, (2000), Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Juicio de Revisión Constitucional Electoral SUP-JRC-487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000, resuelto el 29 de diciembre por mayoría de votos.

WEBER, Max, (2005), **Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva**, Fondo de Cultura Económica, decimosexta reimpresión, México.

Trabalho enviado em 13 de dezembro de 2015.

Aceito em 04 de fevereiro de 2016.